

Discussão acerca da eficácia da Lei Áurea

*Patrícia Fontes Cavalieri Monteiro**

Resumo: Neste artigo, discute-se a eficácia da Lei Áurea, eis que, embora livres, os ex-escravos não gozaram, efetivamente, dos direitos sociais decorrentes da liberdade. Abre-se o tema tecendo um breve histórico sobre a escravidão no Brasil. Em seguida, propõe-se o seguinte questionamento, cujo enfrentamento norteará esta pesquisa: Se o objetivo da Lei Áurea foi a extinção da escravatura, por que razão tal norma não representou a liberdade definitiva dos negros? A abolição será posta em discussão com os valores éticos da liberdade, dignidade humana e igualdade e, mais à frente, à luz do positivismo kelseniano e da justiça. Tudo isso leva à conclusão do real objetivo desse trabalho, que é demonstrar que a regulamentação teria sido, no momento abolicionista, o único instrumento de eficácia social da Lei Áurea – o *dever-ser* da norma que o Estado Liberal absenteísta, presente no século XIX, preferiu não editar. Finalmente e como decorrência da ineficácia da norma, apresenta-se a Teoria da Justiça Compensatória, cuja finalidade, após 122 anos da abolição da escravatura, por meio de políticas públicas de ações afirmativas, é reparar aos descendentes da raça negra os danos outrora cometidos, mormente a lesão

* Advogada. Especialista em Direito Processual. Procuradora do Município de Juiz de Fora. Professora da Faculdade do Sudeste de Minas (FACSUM). Mestranda do Programa de Hermenêutica e Direitos Fundamentais da Universidade Presidente Antônio Carlos de Juiz de Fora (UNIPAC).

ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e às demais garantias fundamentais insculpidas na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Lei Áurea. Regulamentação. Liberdade. Eficácia social. Reparação. Políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

Com a abolição da escravatura, os escravos se viram livres do jugo dos seus senhores, do trabalho forçado e dos castigos cruéis no tronco e nas senzalas aos quais foram submetidos desde o descobrimento do Brasil.

Entretanto, embora sujeitos livres, os negros depararam com deplorável situação social. Passados mais de 122 anos, a liberdade anunciada pela Lei Áurea, por si só, não restituiu aos negros africanos nem aos seus descendentes miscigenados a cidadania e a dignidade das quais gozavam enquanto libertos em seu país de origem.

Ora, se o objetivo da Lei Áurea foi a extinção da escravatura, por que razão tal norma não representou a liberdade definitiva dos negros?

Demonstra-se, neste estudo, que a lei abolicionista careceu de regulamentação legislativa pelo Estado a fim de lhe conferir eficácia social – *dever-ser*.

Embora a questionada omissão legislativa do Poder Executivo imperial não comporte reparação civil dada a ausência de condições da ação, o Estado Democrático hodierno não se desobriga de garantir, a todo custo, a igualdade de oportunidade e de tratamento, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização raciais, minimizando, assim, o

abismo racial existente no Brasil, em busca do elmo constitucional que é a liberdade.

2 BREVE HISTÓRICO ACERCA DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL

A escravidão teve início no Brasil no princípio do século XVI. Em razão da estrutura econômica e social do regime colonialista, os índios foram a primeira mão de obra escrava em solo brasileiro. Entretanto, quando as tarefas exigidas iam além daquelas a que estavam acostumados em seu hábitat natural, como caçar, pescar, transportar madeira e guerrear contra outros índios, eles não suportavam a mudança de vida e morriam.

Com a chegada das primeiras expedições colonizadoras e depois de dizimar a população indígena nos primeiros 50 anos de ocupação, os conquistadores europeus das Américas recorreram à captura e comércio de escravos africanos para manter a economia de monoculturas (cana-de-açúcar, tabaco, algodão). Os escravos eram trazidos pelos chamados “navios negreiros” e vendidos pelos comerciantes de escravos. Em todo o período colonial, o tráfico negreiro foi a atividade importadora mais lucrativa do comércio exterior brasileiro. Cerca de 3 milhões de escravos africanos, calcula-se, foram absorvidos pelo cultivo do açúcar, do fumo e do algodão, pela economia mineradora e pelo serviço doméstico.

A dura vida do trabalho pesado, aliada à péssima qualidade da alimentação e de moradia, haja vista que dormiam em amontoados humanos nas senzalas, causava indignação e revolta dos escravos. Ao se rebelarem, ou ante a fraqueza do corpo que os impedia de laborar, sofriam castigos e torturas dos feitores, capangas de confiança de seus senhores. Por vezes, tais castigos – por exemplo, o açoite e as chibatadas no tronco, eram praticados publicamente,

com vista à intimidação moral daqueles que pretendessem seguir o mesmo caminho do castigado.

Tais atos cruéis foram formalmente extintos com o advento da Constituição do Império de 1824¹, documento que foi incapaz, contudo, de extirpar de vez com os castigos nas senzalas dos senhores fazendeiros, o que era tolerável pela sociedade escravagista.

Embora um dos direitos individuais instituídos pela citada Constituição tenha sido o da igualdade entre as pessoas², os escravos permaneceram tratados como coisa posta a comércio. Exemplo disso é o texto consignado na Lei Hipotecária n. 1.237, de 24 de novembro de 1864, que, mesmo que contemporânea à Constituição de 1824, expressamente estatuiu que os escravos pertencentes às fazendas poderiam ser objeto de hipoteca:

Art. 2º A hypotheca é regulada sómente pela Lei civil, ainda que algum ou todos os credores sejam commerciantes. Ficão derogadas as disposições do Codigo Commercial, relativas á hypotheca de bens de raiz.

§ 1º Só podem ser objecto de hypotheca:

[...].

Os escravos e animaes pertencentes ás propriedades agricolas, que forem especificados no contracto, sendo com as mesmas propriedades³.

¹ Cf. BRASIL. Constituição (1824). *Constituição política do Imperio do Brazil*, 1824, art. 179, inciso XIII. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

² BRASIL, 1824.

³ BRASIL. Lei n. 1.237 de 24 de setembro de 1864. Reforma a Legislação Hypothecaria, e estabelece as bases das sociedades de credito real. In: COLEÇÃO das Leis Império do Brasil, 1864, v. 1, p. 69. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/leis1864/Leis1864_107.pdf#page=9>. Acesso em: 20 ago. 2010.

O cenário de absoluta ausência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana em relação aos negros escravos é o nascedouro das leis abolicionistas, iniciadas do conjunto de manobras sociais empreendidas entre o período de 1870 a 1888 em prol da libertação dos escravos, dentre elas a Lei do Ventre Livre – n. 2.040, de 28 de novembro de 1871⁴ –, que libertou todas as crianças nascidas de pais escravos; e a Lei dos Sexagenários – n. 3.270, de 28 de setembro de 1885⁵ –, que previu a libertação dos escravos com mais de sessenta anos, embora os beneficiários devessem trabalhar mais cinco anos gratuitamente para o senhor a título de indenização.

3 A LEI ÁUREA COMO FALSA PROMESSA DE LIBERDADE

As citadas legislações de caráter abolicionista insurgentes nos últimos anos culminaram na Lei Áurea, Lei Imperial n. 3.353, de 13 de maio de 1888, sancionada pela Princesa Isabel durante a sua terceira e última regência, aproveitando-se da ausência do Imperador D. Pedro II, que se encontrava em viagem ao exterior. Em um único artigo, declarou extinta a escravidão no Brasil:

⁴ BRASIL. Lei n. 2.040, de 28 de setembro de 1871: Lei do Ventre Livre. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos. In: COLEÇÃO de leis do Império do Brasil, 1871. v. 1, p. 147. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/conteudo/colecoes/legislacao/legimpcd-06/leis1871/pdf17.pdf#page=6>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

⁵ BRASIL. Lei n. 3.270, de 28 de setembro de 1885 – Lei dos Sexagenários. Regula a extinção gradual do elemento servil. In: COLEÇÃO de leis do Império do Brasil, 1885, v. 1, p. 14. Disponível em: <www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:federal:lei:1885-09-28;3270>. Acesso em: 20 ago. 2010.

“Art. 1º É declarada extinta desde a data desta Lei a escravidão no Brasil”⁶.

Procedendo-se à interpretação literal e teleológica da norma, extrai-se que a finalidade da Lei Áurea foi a imediata extinção da escravidão no Brasil. A partir de então, uma a uma as portas das senzalas foram sendo abertas e os negros puderam irromper, pela primeira vez, os limites das cercas das propriedades de seus senhores, como forma de concretizar os ditames literais da lei.

No entanto, se no primeiro momento a Lei Áurea significou a libertação dos escravos do jugo dos seus senhores, no momento seguinte, condenou aqueles a viverem como vítimas do sistema, uma vez que se encontravam livres, sem, contudo, possuírem estudo, documentos, dinheiro, moradia, emprego, escola e nenhuma outra espécie de assistência social proporcionada pelo Estado.

Partindo da premissa de que, ainda que na condição de livres, até os dias de hoje os negros brasileiros se mantêm reféns da elite branca, uma questão surge naturalmente: se o objetivo da Lei Áurea foi a extinção da escravatura, por que razão tal norma não representou a liberdade definitiva dos negros?

Segundo historiadores, a referida lei chegou tardia e inadequadamente, haja vista que “a abolição não foi acompanhada por medidas de inserção dos afro-brasileiros na sociedade como portadores de direitos e não representou melhores condições de vida para os descendentes desse povo”⁷.

⁶ BRASIL. Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil, art. 1º. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM3353.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

⁷ BRASIL. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). *Mensagem da CNBB por ocasião da memória da abolição da escravatura*. 13 maio 2009. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/site/afro-brasileira/2001-mensagem-da-cnbb-por-ocasio-da-memoria-da-abolicao-da-escravatura>>. Acesso: 19 jul. 2010.

Registros históricos trazidos por Braick e Motadão contam que “após a abolição a vida dos negros não sofreu muitas alterações, uma vez que não houve preocupação política em integrá-los à sociedade”⁸. Fátima do Carmo Silva Santos, secretária da União Negra Ituana (UNEI), observa ainda:

Assim é que, desacompanhada de reformas estruturais, a Lei Áurea resultou em uma ‘demissão’ em massa do povo negro, já que eles não tinham emprego, educação ou qualquer condição de conseguir um trabalho que não fosse os oferecidos pelos seus senhores em troca de um teto⁹.

Alguns ex-escravos plantaram pequenas roças de subsistência. Os que não quiseram permanecer na atividade agrícola migraram dos campos para os grandes centros à procura de emprego, precários em sua grande maioria, inaugurando, dessa forma, a mão de obra marginalizada.

O mercado de trabalho nas capitais não conseguiu absorver todo o contingente, o que levou, naturalmente, a um grande número de desempregados e subempregados. Assim, os negros foram considerados preguiçosos, malandros e vadios pelas elites, juízos de valor que, em certa medida, persistem, numa evidência de que o preconceito é continuamente alimentado por uma situação de inferioridade.

Sobre as consequências negativas advindas da “Lei 13 de maio”, Souza assinala:

Segundo a previsão do Conselheiro Antônio Prado, decretada de afogadilho a ‘Lei 13 de Maio’, seus

⁸ BRAICK, R. P.; MOTA, M. B. *História: das cavernas ao terceiro milênio*. São Paulo: Moderna, 2007. p. 488-489.

⁹ SANTOS, F. C. S. In: CARONI FILHO, G. *13 de maio: da Lei Áurea à essência escravocrata da direita*. Disponível em: <<http://www.sinait.org.br/Site2009/index.php?id=5465&act=vernoticias>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

efeitos foram os mais desastrosos. Os ex-escravos, habituados à tutela e à curatela de seus ex-senhores, debandaram em grande parte das fazendas e foram ‘tentar a vida’ nas cidades, tentame aquele que consistia em aguardente de litros, miséria, crimes, enfermidades e morte prematura[...]”¹⁰.

Nesse ritmo e nessas circunstâncias, dois anos depois do advento da Lei Áurea, metade do novo elemento livre havia já desaparecido!

Por todas essas razões, diz-se que a tão almejada Lei Áurea decretou a liberdade de direito, sem, contudo, concretizá-la de fato, dando aos negros, num primeiro plano, e a toda a sociedade, em segundo, a falsa promessa de liberdade.

4 A ABOLIÇÃO E A COLISÃO ENTRE VALORES ÉTICOS

A liberdade erigida a princípio pelo § 1º do art. 72 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 e promulgada três anos após a abolição da escravatura, foi proclamada nos seguintes moldes: “Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”¹¹.

O termo “liberdade”, segundo Antenor Nascente, significa a “faculdade de fazer ou deixar de fazer uma coisa por vontade própria sem se submeter a imposições alheias; condição de

¹⁰SOUZA, E. V. P. Reminiscências em torno do Antônio da Silva Prado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 26 fev. 1940. Transcrito em: 1º CENTENÁRIO do Conselheiro Antônio Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1946, p. 228.

¹¹BRASIL, 1891, art. 72, § 1º.

homem livre, não pertencente a nenhum senhor; gozo dos direitos de homem livre, atributo do princípio da dignidade humana”¹².

Nessa linha de raciocínio, a liberdade dos escravos deveria estar intimamente ligada ao exercício da dignidade humana deles.

Para Kant, “o homem é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo, e, justamente por isso tem dignidade, é pessoa”¹³. Estabelecido que a pessoa, distinta do indivíduo, é um valor e o seu princípio correspondente, a dignidade da pessoa humana, é absoluto, há de prevalecer esse sempre sobre qualquer outro valor ou princípio.

Com efeito, a dignidade humana, categoria de valor tão aviltado durante os tempos de escravidão (elevada a princípio por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948¹⁴), somente poderá ser exercitada se o homem, de fato, for livre, pessoa com aptidão e possibilidade de escolha sem qualquer submissão, capaz de possuir e exercer seus direitos, e, ainda, de autodeterminar-se socialmente.

Comungando desse entendimento, o civilista brasileiro João Baptista Villela, sopesando os bens imanes da pessoa vida e liberdade, sustentou que “só a liberdade faz da vida um valor caracteristicamente humano”.¹⁵

¹²LIBERDADE. In: NASCENTE, A. *Dicionário da língua portuguesa*: da Academia Brasileira de Letras. Rio de Janeiro: Bloch, 1988. p. 441.

¹³KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 1985 (Coleção Obra-Prima) p. 68.

¹⁴ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 19 jul. 2010.

¹⁵VILLELA, J. B. O novo código civil brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico. *Rivista Roma e America: diritto romano comune*, Roma. v. 16, p. 55-64, 2003.

Ao descrever a liberdade como direito primário, Bobbio distinguiu o termo em “liberdade para” e “liberdade de:

Essa última categoria de direito é chamada de direitos econômicos e sociais, cujo escopo, ademais de reafirmar sua dignidade, é concorrer para o livre desenvolvimento da sua personalidade. Por sua vez, a ‘liberdade para’ atribui ao indivíduo não só a faculdade, mas também o poder de fazer. Se houvesse apenas as liberdades negativas, todos seriam igualmente livres, mas nem todos teriam igual poder. Para equiparar os indivíduos, quando os reconhecemos como pessoas sociais, inclusive no poder, é necessário que sejam reconhecidos outros direitos, como os direitos sociais, os quais devem pôr cada indivíduo em condição de dispor do poder de fazer aquilo que é livre para fazer¹⁶.

Voltemos o foco para o período pós-abolição. Uma vez libertos e largados à própria sorte sem a mínima condição de igualdade com os brancos daquela sociedade, em cujo seio, por esse motivo, não foram inseridos, os ex-escravos não encontraram meios de gozar do direito às liberdades, anunciada por Bobbio – “para” e “de” – eis que absolutamente desprovidos de direitos sociais (de) e, assim, desprivilegiados quanto a qualquer espécie de poder (para).

Se a liberdade concedida de direito fez-se desacompanhar de concretude social, não há que se falar em liberdade de fato, de igualdade entre as pessoas, tampouco do reconhecimento da dignidade da pessoa humana dos escravos libertos.

Tais circunstâncias redundaram em desrespeito a um terceiro e não menos importante valor ético da primeira geração de direitos humanos: a igualdade.

¹⁶BOBBIO, N. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

Prevista no § 2º do art. 72 da 1ª Carta da República de 1891, a igualdade entre as pessoas foi elevada a preceito constitucional nos seguintes termos: “§ 2º Todos são iguais perante a lei”.¹⁷

Três anos haviam se passado após a abolição quando a igualdade foi anunciada aos negros recém-libertos na condição de homens livres, a exemplo dos brancos da sociedade da época. Não obstante a libertação dos escravos ter sido o primeiro passo rumo à igualdade, o livre exercício desse direito foi naturalmente tolhido no cenário pós-abolição nas suas mais diversas expressões: racial, social, política, etc., levando-nos a inferir que ela jamais existiu! Isso porque a isonomia de tratamento só se verifica entre os iguais. Em uma situação de grave desigualdade como aquela em que se encontravam os negros, o princípio da equidade manda tratar de maneira diferente os desiguais.

Equidade consiste na adaptação da regra existente à situação concreta, observando-se os critérios de justiça e igualdade. Pode-se dizer, então, que a equidade adapta a regra a um caso específico, a fim de deixá-la mais justa. Ela é uma forma de se aplicar o Direito.

Diametralmente oposto ao que se espera da lei justa, os direitos e obrigações dos cidadãos abrangidos pelo dispositivo constitucional foram impingidos a todos sem qualquer distinção.

Disso deriva que, uma vez ferido o *exercício* da liberdade dos negros, lesados restam também os seguintes valores éticos: liberdade, dignidade da pessoa humana e igualdade.

Verifica-se, então, que a liberdade, cujo consectário lógico é a autonomia privada, não pode caminhar à parte da dignidade humana e da igualdade, haja vista que um é pressuposto e

¹⁷BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1891. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/novoconteudo/Legislacao/Republica/Leis1891vIp980/parte-indiceb.pdf#page=7>>. Acesso: 20 ago. 2010.

instrumento de realização do outro e que entre eles há um entrelaçamento natural.

5 A LEI ÁUREA À LUZ DO POSITIVISMO KELSENIANO E DA JUSTIÇA

Em sua obra *Teoria pura do direito*, escrita no despertar do século XX e posterior, portanto, à abolição, Hans Kelsen releva dois fatores importantes que pertinem à vigência da norma jurídica. O primeiro requisito para a vigência de uma norma jurídica seria a *validade*, que é justificada pela elaboração e a entrada da norma no ordenamento jurídico. Isso significa que, em princípio, a norma retira sua validade de uma norma hierarquicamente superior. Atendido esse requisito, a norma toma entrada no ordenamento e passa a regular os comportamento para os quais ela foi elaborada – *dever-ser*. Mas não basta somente isso. A *eficácia* do comando legal – *ser* da norma – também é pré-requisito para esse comando se tornar válido em sua plenitude. Essa qualidade se refere à aceitação e enquadramento das pessoas para quem a norma se destina. Para Kelsen, uma norma jurídica deixará de ser válida quando duradouramente ineficaz. Assim, o mínimo de eficácia depende da aplicabilidade da norma no mundo fático pelos destinatários finais. Dessa forma, a norma que é colocada à margem pela sociedade e não aplicada pelos tribunais é terminantemente inválida.¹⁸

Noutras palavras, eficácia do Direito, segundo Kelsen, “significa que os homens realmente se conduzem de acordo com as normas aplicadas e cumpridas, porque houve aceitação”¹⁹. Embora para o positivista o que distingue a regra jurídica é sua vigência

¹⁸Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁹KELSEN, 2003, p. 285.

ou validade, a eficácia é atributo da conduta real dos homens e o que interessa aos sociólogos do Direito.

Ainda na seara da filosofia do Direito e transportando o entendimento kelseniano para este estudo, impera-se averiguar se a Lei Áurea reveste-se de eficácia social e, em decorrência disso, de justiça.

Parafraseando Carlos Henrique Bezerra Leite, Procurador Regional do Ministério Público do Trabalho, que aprofundou o estudo na Teoria da Justiça, “uma norma para ser eficaz deve ser também justa, fim social da norma, dos ordenamentos e do direito como ideal de justiça. O jurista esclarece que há três modos de se examinar o direito: a partir do seu valor ideal – justiça, do seu valor formal –, validade ou do seu cumprimento prático – eficácia”²⁰.

No seu turno, Bobbio adverte, porém, que

As três distinções não devem ser concebidas isoladamente, como se fossem compartimentos estanques. Noutro falar, para compreender a experiência jurídica em seus diversos aspectos é preciso levar em conta o ideal de justiça a atingir, as instituições normativas a realizar e as ações e reações dos homens frente a esses ideais e a essas instituições²¹.

Quanto a esse aspecto, merece destaque a teoria tridimensional de Miguel Reale, citado por Carlos Henrique Bezerra, para quem

é preciso reconhecer-se a essencialidade dos princípios éticos, o que explica o freqüente apelo que se volta a fazer de idéias como equidade, probidade, boa-fé, etc., a fim de captar-se a vida social na totalidade de suas

²⁰LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito e processo do trabalho na teoria geral do direito*. São Paulo: LTr, 2000.

²¹BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 128.

significações para o homem situado ‘em razão de suas circunstâncias’²².

Dito isso, dado o vasto leque de direitos fundamentais aos quais os negros foram apresentados por meio da liberdade adquirida pela lei abolicionista – *circunstância* –, mereciam também do Estado a aplicabilidade ou, acompanhando o pensamento Kelseniano, a instrumentalidade da norma, garantindo, assim, o mínimo de eficácia no mundo fático pelos destinatários finais.

À luz do conceito de justiça ora esposado é que se pode concluir que, como representante do positivismo, Kelsen trata a questão da eficácia apenas como violação do corte epistemológico, responsável pela exclusão do fato social da análise do fenômeno jurídico, em nome da cientificidade. A questão do direito como fenômeno axiológico-fático é, entretanto, elementar para que se entenda, verticalmente, a relação dos direitos fundamentais como previsões normativas gerais e abstratas, por um lado, e a questão da *eficácia* desses direitos, por outro.

Desta feita, podemos afirmar que a eficácia dos direitos fundamentais dos negros contemplados com a liberdade pela Lei Áurea, retratada pela tela de Pedro Américo (FIG. 3), ou melhor, a implicação dessa norma do mundo dos fatos, não será entendida se não houver um estudo do fenômeno jurídico que se dê também fora das amarras do positivismo jurídico.

6 A REGULAMENTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA SOCIAL DA LEI ÁUREA

A razão que mais contribuiu para a chamada “liberdade escravizante” ou, como queiram, para o “fracasso” da abolição, teria

²²REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 18 *apud* LEITE, 2000, p. 53.

sido a falta de regulamentação da Lei imperial n. 3.353/88, norma de complexo conteúdo social que, embora precisa e revestida de eficácia plena, não se preocupou em antever as situações dela decorrentes, tampouco nas consequências da libertação dos escravos, no que resultou em liberdade inarredavelmente dissociada de justiça.

Anota-se que a lei abolicionista veio ao mundo ainda sob a égide da Constituição de 1824²³, que atribuía ao Imperador [*in casu*, representado pela Princesa Isabel] os poderes de Chefe do Poder Executivo, exercitado pelos seus Ministros de Estado. Nesse passo, o art. 102 do diploma em comento, arrolando as atribuições daquele, insculpiu no inciso XII: “expedir os Decretos, Instruções e Regulamentos adequados a boa execução das Leis”, texto cuja íntegra foi, inclusive, seguida pela Constituição de 1988²⁴, competência que decorre do poder regulamentar da Administração Pública.

Havendo previsão legal, pois, poderia o Poder Executivo, caso houvesse preocupação com a boa execução da lei, regulamentar a liberdade proclamada.

Mergulhando na definição de regulamento é que trazemos à baila o conceito do festejado administrativista Hely Lopes Meirelles²⁵, segundo o qual “regulamento é espécie de ato administrativo, explicativo ou supletivo da lei e inferior a ela.” De sua vez, José Joaquim Gomes Canotilho assinala que “o regulamento é uma norma emanada pela Administração no exercício da função administrativa e, regra geral, com caráter executivo e/ou complementar da lei”²⁶.

²³BRASIL, 1824.

²⁴BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, art. 84, IV.

²⁵MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 391.

²⁶CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 829.

Há ainda que se perquirir se a regulamentação da matéria tratada pela Lei Áurea competiria ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo, conforme se pretende demonstrar.

Nesse ponto, a manifestação de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de

não serem os regulamentos expedidos pelo órgão encarregado da edição das leis – Poder Legislativo, mas sim pelo Poder Executivo, no exercício de uma das suas funções normativas secundárias, com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei, cuja aplicação demande atuação da Administração Pública²⁷.

Visando sepultar de vez a discussão sobre o cabimento da função legislativa do Poder Executivo, colocamos a lição de Clèmerson Merlin Clève, que assinala: “A edição de regulamentos, pelo Executivo, só é possível para disciplinar a aplicação das leis que regem relações jurídicas qualificadas pela presença do Estado-poder²⁸.”

Transportando a previsão legal, os conceitos e a doutrina para a lei sob análise, dada que foi promulgada pela Princesa regente, investida, conforme se viu, de poderes de Chefe do Executivo, aliados ao fato de que a lei possuía forte conteúdo social, capaz de criar, num momento estanque, direitos fundamentais a um exército de 720 mil brasileiros negros, não é difícil admitir que caberia ao Estado, sem dúvida, estabelecer com esse contingente fraco da população, relações jurídicas assecuratórias ao exercício

²⁷MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 311.

²⁸CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000. p. 283.

dos seus direitos e garantias fundamentais através de um Decreto Regulamentar privativo do Chefe do Poder Executivo.

Considerando que até a presente data os negros engatinham rumo aos direitos primários e secundários adquiridos em 1888, ganha relevo o raciocínio de que a Lei Áurea careceu de regulamento, cuja finalidade seria explicar a lei para sua correta execução, desenvolver os comandos legislativos, estabelecer as regras e as providências necessárias ao fiel cumprimento e aplicação da lei pelo Estado, ações que a história não assistiu.

A *contrario sensu*, seria a edição da referida lei sucedida de um decreto regulamentar, de competência do próprio Poder Executivo, o qual, comprometido com a reparação social da escravidão, atrelasse a liberdade recém-concedida aos negros a um mínimo de garantia e benefícios assistenciais que os fizessem sobreviver ao “é declarada extinta a escravidão”, ações afirmativas, por exemplo, a demarcação oficial das terras dos Quilombos como *reserva dos libertos* e o acesso ao trabalho remunerado, à saúde e à educação públicas, interferências administrativas que garantiriam, também e fundamentalmente, a aplicabilidade social da Lei Áurea.

Na atualidade, muitos juristas entendem a aplicação de lei não regulamentada é inconstitucional, sob o argumento de que, ainda que a regulamentação esteja nela prevista, a lei achasse desprovida de eficácia. Qualquer ato nela baseado incorre, então, em inconstitucionalidade, uma vez que fere o princípio constitucional da liberdade de agir e da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, válida e eficaz²⁹.

²⁹REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

Só o dizendo o Estado, por meio do poder regulamentar de competência da Administração Pública, teriam os destinatários finais da norma meios de cobrar medidas sociais para, de fato, exercerem o direito à liberdade e à justiça.

Vista como fenômeno puramente normativo, eficácia é a aptidão da norma jurídica para gerar efeitos no mundo jurídico. Entretanto, há um segundo sentido de eficácia em direito: o que designa a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos na realidade social, ou seja, para produzir, concretamente, condutas sociais compatíveis com as determinações ou os valores consagrados no preceito normativo. Nesse caso, a eficácia da norma de Direito é fenômeno que se passa não no plano puramente formal, mas no mundo dos fatos, por isso mesmo é denominada eficácia social ou efetividade.

Juristas do mundo inteiro envidaram esforços no debate sobre o tema. Para José Afonso da Silva “uma norma pode, destarte, ser juridicamente eficaz, sem, no entanto, ser socialmente eficaz”, como ora queremos provar ser a Lei Áurea. Kelsen³⁰ considerou que, “em determinadas circunstâncias, a eficácia da norma é condição da sua própria validade³¹.” Entre nós, Reale afirmou que “o Direito autêntico não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se”³². Para esse autor, a regra do Direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz.

Quanto à eficácia da norma, Tércio Sampaio Ferraz Jr. leciona:

³⁰KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Frabris, 1986. p. 177-178.

³¹SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 55-56.

³²REALE, 1980, p. 112-113.

A capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos; alguns de natureza fática, outros de natureza técnico-normativa. A presença de requisitos fáticos torna a norma efetiva ou socialmente eficaz, ou seja, quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos.

[...].

Assim, se uma norma prescreve a obrigatoriedade do uso de determinado aparelho para a proteção do trabalhador, mas esse aparelho não existe no mercado nem há previsão para a sua produção em quantidade adequada, a norma será ineficaz nesse sentido. Se a efetividade ou eficácia social depende de requisitos inexistentes de fato, a ausência deles pode afetar não a validade da norma, mas a produção dos efeitos, conforme conhecida regra de calibração *'ad impossibilia nemo tenetur'*: ninguém é obrigado a coisas impossíveis³³.

Mutatis mutandi, o exemplo oferecido pelo autor contemporâneo se emoldura perfeitamente ao caso ora trazido à discussão, porquanto a liberdade anunciada pela lei abolicionista prescreveu, com ela, uma gama de direitos que aos quais os negros não tiveram acesso, comprometendo a produção dos efeitos sociais da norma e, assim, sua eficácia.

No afã de tentar justificar a ausência do Estado na regulamentação da Lei Áurea é que se propõe a seguinte questão: será isso consequência exacerbada do Estado Liberal absenteísta, presente no século XIX, que agia apenas em defesa das prerrogativas e garantias do direito de propriedade, sem se preocupar com as demais garantias individuais? Citando Vierkandt, Paulo Bonavides registra:

³³FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 199-200.

No liberalismo o valor da liberdade cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal. Quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse³⁴.

A resposta à questão, segundo Bonavides, se resume no conceito de liberdade, o que aconteceu com os negros libertos pela multicitada lei:

Essa que, no liberalismo só existiria se os homens fossem dotados de igual capacidade. Mas como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais, termina a apregoada liberdade numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome.

O problema adquire maior relevo com o advento da 1ª Constituição da República de 1891, promulgada três anos após a abolição, por meio da qual foi inaugurado no Brasil o princípio da igualdade entre as pessoas, que já vigorava na Europa por meio da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Art. 72. [...]. § 2º Todos são iguais perante a lei”³⁵.

³⁴VIERKANDT, Alfred. *Staat und Gesellschaft in der Gegenwart* Zweite verbesserte Auflage. Leipzig: Von Quelle & Meyer, 1921 *apud* BONAVIDES, P. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 60.

³⁵ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 19 jul. 2010.

Embora o dispositivo já tenha sido esmiuçado neste estudo ao se analisar o conflito dos valores éticos, aqui o trazemos com a finalidade de confrontá-lo com a eficácia social da Lei Áurea.

Isso porque, no momento em que o texto constitucional rompeu o mundo jurídico, persistiam inalteradas as tentativas de sobrevivência por parte dos negros recentemente livres, que, de cativos, passaram a mendigos, cenário diametralmente oposto à igualdade proclamada pelo dispositivo transcrito. Esse fato, mais uma vez, suscita o questionamento sobre a plenitude da eficácia do dispositivo constitucional.

Noutro giro, poderia o Estado ter se valido de mais essa oportunidade – promulgação da Constituição – para estabelecer, entre os dispositivos que compuseram a Seção II – Declaração de Direitos –, ou até mesmo no seio das Disposições Transitórias, tratamento diferenciado aos negros libertos.

Apenas a título de ilustração da invocada desigualdade social que desafiou o princípio da igualdade trazido pela Constituição de 1891, registra-se que a mesma Carta que se omitiu em relação aos direitos sociais dos negros, concedeu a D. Pedro de Alcântara, que deixava o cargo de Imperador do Brasil, por meio do qual amealhou incontável fortuna, uma pensão que, a contar de 15 de novembro de 1889, garantiu-lhe, por todo o tempo de sua vida, subsistência decente, delegando ao Congresso ordinário, em sua primeira reunião, a fixação do *quantum* dessa pensão³⁶.

Assim, quedando-se inerte a Constituição, os ex-escravos permaneceram contando, tão somente, com a letra fria da Lei Áurea, a qual, tout court, não conseguiu atribuir efetividade social à liberdade, conforme a inspiração da tela de Delacroix (FIG. 4), ou atrelá-la ao princípio da igualdade, postergando, ad eternum, a reparação dos danos relativos aos direitos humanos dos negros.

³⁶BRASIL, 1891, art. 7º das Disposições Transitórias.

Como registro histórico vale consignar que somente a Carta Política de 1934, em seu art. 113, veio afirmar a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer distinção de raça³⁷.

7 A TEORIA DA JUSTIÇA COMPENSATÓRIA 122 ANOS DEPOIS E OUTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Já defendemos a tese de que a lei abolicionista padeceu de regulamentação, com vistas a salvaguardar a liberdade dos negros aos quais se destinou, com ênfase, sobretudo, nos seus direitos sociais.

Não o fazendo imediatamente após a promulgação da multicitada lei, o Poder Público de 1888 transmitiu ao Estado hodierno o difícil encargo de reparar a omissão do passado, valendo-se, esse, da Teoria da Justiça Compensatória, que se lastreia na retificação de injustiças ou de falhas cometidas outrora contra indivíduos negros, ora por particulares, ora pelo governo.

Segundo assinala Roberta Fragoso Kaufmann, mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB) e atual defensora da teoria sob análise,

o fundamento deste princípio é relativamente simples: quando uma parte lesiona a outra, tem o dever de reparar o dano, retornando a vítima à situação que se encontrava antes de sofrer a lesão. Propriamente dita, a Teoria Compensatória é a reivindicação para que se repare um dano ocorrido no passado em relação aos membros de

³⁷BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

determinado grupo minoritário. Por meio desta teoria, assevera-se que o objetivo dos programas afirmativos para os afro-descendentes seria o de promover o resgate da dívida histórica que os brancos possuem em relação aos negros por havê-los submetidos à escravidão no passado³⁸.

Não obstante revestida de justiça e equidade, a grande crítica que se faz a essa teoria e que ampararia a imposição de políticas afirmativas racialistas, é que se afigura deveras complicado responsabilizar, no presente, os brancos descendentes de pessoas que, em um passado remoto, praticaram a escravidão, sob as seguintes alegações: a) torna-se impossível identificar quem seriam os beneficiários legítimos do programa compensatório em um país miscigenado como o Brasil; b) os negros de hoje não são as reais vítimas dos abusos cometidos; e c) eventualmente, podem existir descendentes de escravos que jamais foram tratados como tal.

Com base nessas hipóteses, ofender-se-ia ideias mínimas e elementares da responsabilidade civil³⁹.

Culpar pessoas inocentes pela prática de atos dos quais discordam radicalmente, promove a injustiça, em vez de procurar alcançar a equidade, haja vista que se passaram mais de 500 anos desde o início da escravidão em nosso país.

Tal como posto neste estudo propõe-se, então, que o polo passivo de qualquer medida reparadora de eventuais atos de barbárie cometidos contra os escravos não seja integrado por pessoas físicas que descendam dos antigos senhores daqueles, mas, antes, pelo Estado que, com uma mão, lhes entregou a liberdade

³⁸KAUFMANN, R. F. *A política de cotas raciais e a teoria compensatória*. Instituto Millenium, 10 nov. 2009. Disponível em: <www.imil.org.br/artigos/a-politica-de-cotas-raciais-e-a-teoria-compensatoria/>. Acesso em: 20 ago. 2010.

³⁹KAUFMANN, 2009.

e com outra lhes feriu ainda mais a dignidade, ao descuidar da proteção dos direitos fundamentais, o que poderia fazê-lo por meio de um decreto regulamentar. Não o fazendo, potencializou ainda mais a desigualdade e a discriminação racial.

Caberia, então, indenização pecuniária pela omissão legislativa do Estado a título de danos morais, danos materiais e lucro cessante com base no que deixaram os negros de auferir ao longo de mais de 500 anos em que estiveram cativos?

A *quaestio* será analisada aprofundando nas seguintes questões preliminares que se constituem causas extintivas do processo: prescrição, decadência e as condições da ação, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido.

Embora passados 122 anos do *dies a quo* do ferimento do direito ora pleiteado, não se cogita arguir prescrição pela omissão legislativa do Poder Público imperial, porquanto a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso XLII, assegura a imprescritibilidade do racismo, discriminação ou preconceito racial, nos seguintes moldes: “XLII – A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”⁴⁰.

Na mesma seara está a decadência do interesse dos afro-descendentes em buscarem a justa reparação do Estado, porquanto a decadência começa a correr, como prazo extintivo, desde o momento em que o direito nasce. Ela supõe um direito que, embora nascido, não se efetivou por falta de exercício. Dessa forma, dado que os negros contemporâneos, desde a edição da lei abolicionista, lutam diariamente para se posicionar na sociedade em decorrência da omissão legislativa reclamada, defendemos a ideia de que esse ato continuado resguarda o prazo decadencial.

⁴⁰BRASIL, 1988, art. 5º, inciso XLII.

Passando à análise das condições da ação, é indiscutível a aferição, *in casu*, da possibilidade jurídica do pedido. Segundo Frederico Marques, “ninguém pode invocar a tutela jurisdicional formulando pedido não admitido no direito objetivo, ou por este proibido”⁴¹. Portanto, havendo previsão da reparação de danos no nosso ordenamento pátrio, a providência pretendida pelos interessados estaria assegurada.

Entrementes, não encontra azo no campo da legitimidade passiva *ad causam* do Estado, ainda que pela sua inércia tenha sido o causador do dano social.

Como muito bem ensina a professora Maria Helena Diniz, no caso do Estado,

sendo o dano um pressuposto da responsabilidade civil, será obrigado a repará-lo aquele a quem a lei onerou com tal responsabilidade, salvo se ele puder provar alguma causa de escusa. Assim, de imediato, pode-se afirmar que o réu será aquele que for apontado como causador do dano, isto porque prescreve o art. 927, do CC, que todo aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo⁴².

Urge investigar a presença dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil: o evento danoso, o nexo causal e a ilicitude do ato, começando por esse último.

Com efeito, considerando-se o contexto histórico liberal absenteísta em que foi editada, a lei libertária não vinculou o Poder Público Imperial à sua regulamentação, ato esse pertencente ao

⁴¹Cf. MARQUES, J. F. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1978.

⁴²DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 7, p. 144.

plano da discricionariedade administrativa. Resulta daí a ausência de culpa ou dolo, não havendo dever legal de agir caracterizado pela *faute de service*. Assim, não há que se falar em ilicitude da omissão estatal, o que o isenta de responsabilidade legislativa, conforme ocorre nas hipóteses de edição de leis inconstitucionais em pleno Estado Democrático de Direito.

Para colocar encerrar o assunto, saliente-se, ainda, que a omissão legislativa ensejadora de reparação não se circunscreve às normas programáticas, mas, sim, àquelas definidoras de direitos, as quais, na maioria das vezes, possuem até prazo para edição firmado no texto fundamental.

Desobrigado da reparação civil, conforme restou comprovado, o Estado Social não se isenta, contudo, de aprofundar políticas públicas afirmativas de inclusão social da população afro-brasileira, definidas pelo Ministério da Justiça, como

medidas especiais e temporárias, tomadas pelo Estado e/ou pela iniciativa privada, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidade e tratamento, bem como compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros. Elas caminham no sentido de minimizar e gradativamente reduzir as distâncias sócio-econômicas que permeiam a vida social brasileira, por meio de inclusão e de promoção de uma educação de qualidade, acesso ao ensino superior e um atendimento qualificado em questões de saúde⁴³.

⁴³BRASIL. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). *Mensagem da CNBB por ocasião dos 120 anos da abolição dos escravos*. Disponível em: <www.cnbb.org.br>. Acesso: 20 ago. 2010.

Isso porque estudo realizado com base no banco de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), feita anualmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostra que a média de estudo entre os brasileiros brancos é de 7,7 anos, contra 5,8 anos para os negros. Ainda há um abismo entre negros e brancos no índice de analfabetismo: 16% dos negros maiores de 15 anos são analfabetos, enquanto o problema atinge apenas 7% dos brancos na mesma faixa etária⁴⁴. Mas as diferenças não param por aí. Em relação ao mercado de trabalho, as mulheres, mormente as negras, possuem rendimentos mais baixos que os dos homens e, ainda que em média tenham níveis de escolaridade mais elevados, seguem enfrentando o problema da segmentação ocupacional, que limita seu leque de possibilidades de emprego, afirma um recente estudo da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ligada à Organização das Nações Unidas (ONU). Quanto à criminalidade, constatou-se que dos homicídios dolosos contra menores, 54% das vítimas eram menores negros e 33,9% eram brancas, inserindo-se as restantes a outras categorias. Da população dos presídios, 68% das pessoas presas têm menos de 25 anos de idade, sendo que 2/3 são negros e mulatos⁴⁵.

Dito isso, se não houver políticas públicas e as denominadas *affirmative actions* voltadas para a reversão do atual quadro de exclusão social nas diversas vertentes sociais, as diferenças raciais tendem a se perpetuar.

⁴⁴INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa nacional por amostra de domicílios* (PNAD). Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/default_pdf.shtm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

⁴⁵DROPA. Romualdo Flávio. *Direitos humanos No Brasil: a questão negra*. Acesso em: 16 maio 2012. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JUlhifhts9oJ:www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanosnegra.htm+&cd=1&hl=pt-BR&ct=c>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

A título de exemplo de ação do Poder Público em favor dessa reparação, merece destaque a Constituição do Estado da Bahia⁴⁶, que inseriu no seu Capítulo XV, que regula a cultura estadual, o dever em preservar e garantir a integridade, a respeitabilidade e a permanência dos valores da religião afro-brasileira (art. 275 e incisos).

Há que se frisar que a reclamada compensação refere-se não somente à decisão de subjugar a raça negra ao trabalho escravo no Brasil, mas, sobretudo, à omissão legislativa do Poder Público que não cuidou, ao longo dos 122 anos de abolição da escravatura, de regulamentar a liberdade anunciada pela Lei Áurea para lhe conferir eficácia social.

8 CONCLUSÃO

Não se olvide que a Lei Áurea careceu de regulamentação que orientasse, com clareza, o exército negro que deixava as senzalas, omissão que se deu por abstenção estatal no contexto liberal do século XIX ou por absoluta falta de vontade política.

O fato é que, por absoluta falta de eficácia social da norma – *dever-ser* –, os direitos fundamentais dos ex-escravos, inclusive a liberdade proclamada, restaram tolhidos, situação que se arrasta mesmo após o advento de seis Constituições Federais e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, oportunidades históricas em que o país poderia ter assistido à regulamentação da norma em comento, atrelando de vez aquela liberdade à dignidade da pessoa humana, aos direitos sociais e à igualdade.

Em decorrência disso, o Estado Democrático de Direito assiste, complacente, às ações afirmativas promovidas a passos

⁴⁶BAHIA. Constituição (1989). *Constituição do Estado da Bahia*, 1989. Disponível em: <www.mp.ba.gov.br/institucional/legislacao/constituicao_bahia.pdf>. Acesso: 20 ago 2010.

lentos pelos poderes públicos nas mais diversas áreas, visando buscar a equiparação dos direitos de brancos e negros.

Entretanto, a luta pela liberdade é um processo histórico, contínuo e instável. O mínimo de liberdade alcançada representa vitória contra a opressão. E cada cultura, cada momento histórico, cada necessidade social haverão de definir o que se entende por liberdade e por opressão.

Remarks on the efficacy of “Lei Áurea”, the Brazilian Slavery Abolition Act

Abstract: This paper discusses the efficacy of the Brazilian Slavery Abolition Act, “Lei Áurea”, contending that the former slaves, albeit free, did not enjoy the social rights that should have accompanied their freedom. The discussion starts with a brief history of slavery in Brazil before posing the following research question: If the objective of Lei Áurea was to abolish slavery in Brazil, why did it represent no actual freedom for black people? The abolition will be discussed drawing on ethical values of freedom, human dignity, and equality, as well as in light of Keynesian positivism and justice. This discussion serves as a background to the actual objective of this paper, that of demonstrating that regulation would have been the only instrument for the social efficacy of Lei Áurea – the *ought to be* issue that the absentee Liberal State of the 19th century refrains from including in the norm. As a result of the *Lei Áurea*, the conclusion advocates for the application of the Compensatory Justice Theory to put forward affirmative policies aiming to compensate the African slaves’ descendants for damages caused in the colonial times, especially the offence to the fundamental principle of dignity and other fundamental principles enacted in the 1998 Federal Constitution.

Keywords: Lei Áurea. Regulation. Freedom. Social efficacy. Reparation. Policies.

REFERÊNCIAS

BAHIA, S. J. C. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BAHIA. Constituição (1989). *Constituição do Estado da Bahia*, 1989. Disponível em: <www.mp.ba.gov.br/institucional/legislacao/constituicao_bahia.pdf>. Acesso: 20 ago. 2010.

BOBBIO, N. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediuoro, 1996.

BOBBIO, N. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, P. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRAICK, R. P.; MOTA, M. B. *História: das cavernas ao terceiro milênio*. São Paulo: Moderna, 2007.

BRASIL. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). *Mensagem da CNBB por ocasião da memória da abolição da escravidão*. 13 maio 2009. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/site/afro-brasileira/2001-mensagem-da-cnbb-por-ocasio-da-memoria-da-abolicao-da-escravatura>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

BRASIL. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). *Mensagem da CNBB por ocasião dos 120 anos da abolição dos escravos*. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/site/imprensa/notas-e-declaracoes/3317-mensagem-da-cnbb-por-ocasio-da-memoria-da-abolicao-da-escravatura>>. Acesso: 20 ago. 2010.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição política do Imperio do Brazil*, 1824. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1891. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/novoconteudo/Legislacao/Republica/Leis1891vIp980/parte-indiceb.pdf#page=7>>. Acesso: 20 ago. 2010.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. Lei n. 1.237 de 24 de setembro de 1864. Reforma a Legislação Hypothecaria, e estabelece as bases das sociedades de credito real. In: COLEÇÃO das Leis Império do Brasil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Lei n. 1.237 de 24 de setembro de 1864. Reforma a Legislação Hypothecaria, e estabelece as bases das sociedades de credito real. In: COLEÇÃO das Leis Império do Brasil, 1864, v. 1, p. 69. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=93632>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Lei n. 2.040, de 28 de setembro de 1871 – Lei do Ventre Livre. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos. In: COLEÇÃO de leis do Império do Brasil, 1871, v. 1, p. 147. Disponível em: Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/conteudo/colecoes/legislacao/legimpcd-06/leis1871/pdf17.pdf#page=6>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Lei n. 3.270, de 28 de setembro de 1885: Lei dos Sexagenários. Regula a extinção gradual do elemento servil. In: COLEÇÃO de leis do Império do Brasil, 1885, v. 1. Disponível em: <www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:1885-09-28;3270>. Acesso em: 20 ago. 2010.

BRASIL. Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM3353.htm>. Acesso em: 20 ago. 2010.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 7.

DROPA, Romualdo Flávio. *Direitos humanos No Brasil: a questão negra*. Acesso em: 16 maio 2012. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JUlhifhts9oJ:www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodropa/direitoshumanosnegra.htm+&cd=1&hl=pt-BR&ct=c>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa nacional por amostra de domicílios* (PNAD), disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/default_pdf.shtm. Acesso: 20 ago. 2010.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 1985 (Coleção Obra-Prima).

KAUFMANN, R. F. *A política de cotas raciais e a teoria compensatória*. Instituto Millenium, 10 nov. 2009. Disponível em: <www.imil.org.br/artigos/a-politica-de-cotas-raciais-e-a-teoria-compensatoria/>. Acesso em: 20 ago. 2010.

KELSEN, H. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Frabris, 1986.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003

LEITE, C. H. B. *Direito e processo do trabalho na teoria geral do direito*. São Paulo: LTr, 2000.

LIBERDADE. In: NASCENTE, A. *Dicionário da língua portuguesa*: da Academia Brasileira de Letras. Rio de Janeiro: Bloch, 1988.

MARQUES, J. F. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1978.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 19 jul. 2010.

REALE, M. *Filosofia do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SANTOS, F. C. S. In: CARONI FILHO, G. 13 de maio: da Lei Áurea à essência escravocrata da direita. Disponível em: <<http://www.sinait.org.br/Site2009/index.php?id=5465&act=vernoticias>>. Acesso em: 19 jul. 2010.

SILVA, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SOUZA, E. V. P. Reminiscências em torno do Antônio da Silva Prado. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 26 fev. 1940: Transcrito em: 1.º CENTENÁRIO do Conselheiro Antônio Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1946.

VIERKANDT, Alfred. *Staat und Gesellschaft in der Gegenwart*. Zweite verbesserte Auflage. Leipzig: Von Quelle & Meyer, 1921.

VILLELA, J. B. O novo código civil brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico. *Rivista Roma e America: diritto romano comune*, Roma. v. 16, p. 55-64, 2003.

Enviado em 25 de março de 2012.

Aceito em 24 de maio de 2012.

